

A. I. Nº - 207185.0010/13-6
AUTUADO - MANOELITO SOUZA DE QUEIROZ DE IPIAÚ
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 10. 06. 2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0100-01/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVOS FÁTICOS E JURÍDICOS PARA A MULTA POR FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS E PARA A APURAÇÃO DO IMPOSTO MEDIANTE ARBITRAMENTO. Está patente nos autos que as intimações para apresentação dos livros e documentos não foram feitas de forma válida e eficaz, o que implica a inaplicabilidade da multa por falta de apresentação dos livros e documentos e, conseqüentemente, a inaplicabilidade do arbitramento, haja vista que este teria por pressuposto a falta de atendimento das referidas intimações. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25.7.13, diz respeito aos seguintes fatos:

1. falta de apresentação de livros e documentos fiscais, solicitados em três intimações, sendo aplicada multa de R\$ 2.760,00;
2. falta de recolhimento de ICMS, fato apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de exibição ao fisco da documentação fiscal e contábil, sendo lançado imposto no valor de R\$ 112.245,45, com multa de 100%.

O contribuinte defendeu-se (fls. 49/56) suscitando em preliminar a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa. Alega que não atendeu às intimações fiscais por não recebê-las, pois não foi regularmente intimado conforme preceitua a legislação, haja vista que as intimações foram entregues as pessoas não autorizadas a recebê-las, que não fazem parte do quadro de funcionários da empresa, conforme prova a Relação de Empregados (GFIP, mês 07/2013), cuja cópia anexou. Faz ver que a 1ª intimação foi assinada por Roberto Simões Santos, a 2ª por Elízio de S. Silva e a 3ª por Thays Santos Queiros, todos estranhos aos quadros de funcionários da empresa, e portanto são inválidas e irregulares todas as intimações. Observa que o autuante, de próprio punho, confirma isso ao escrever de caneta no final do Auto de Infração que: *“Titular não reside na cidade. Atendente não tem procuração para assinar Autos. Encaminhe para ciência via Postal com ‘AR’”*. Reclama que, para entregar intimação, o fiscal “elege” qualquer pessoa, mas para entrega do Auto de Infração ele segue o que preceitua a legislação. Diz que a pessoa que recebeu o Auto de Infração, Gold Calil Haddad, pertence aos quadros de funcionários da empresa, de modo que o fiscal poderia, se assim preferisse, entregar as intimações no endereço do contador, constante no cadastro da Sefaz, como faz a maioria dos agentes e auditores da Infaz de Itabuna, mas o fiscal preferiu a via mais fácil para ele e mais onerosa para o contribuinte, que foi o arbitramento.

Aduz que, como o titular da empresa quase não se encontra no estabelecimento, como atesta o fiscal autuante, o mesmo ocorre com ele, que quase não aparece na Inspetoria Fazendária de Itabuna.

Prossegue a defesa pedindo que, não sendo possível a nulidade do Auto de Infração, seja declarada a nulidade do arbitramento da base de cálculo do imposto. Considera que se faz necessária uma diligência por outro fiscal, para que seja apurada a verdadeira base de cálculo do ICMS, e se existe diferença de imposto a recolher.

Quanto à alegação do fiscal de que não encontrava o contribuinte, o autuado diz que isso decorre da atividade exercida e da localidade do seu estabelecimento, pois, conforme consta no cadastro, sua atividade econômica principal é o comércio atacadista de bebidas, atuando o seu estabelecimento como distribuidor, fazendo vendas fora do estabelecimento, com vendedores externos, que atuam nos bairros e cidades circunvizinhas. Aduz que a sede do estabelecimento é um ponto de apoio, onde se procura estocar o menor volume de mercadorias possível pelo menor tempo.

Aduz que, por cautela, caso sejam ultrapassadas as preliminares, contesta a autuação em forma de arbitramento, pelas razões que passa a declinar, fazendo a juntada de cópias dos livros fiscais de entradas e saídas de mercadorias, do livro de apuração do ICMS, do livro de inventário, de Notas Fiscais de entradas de 2012, DMA, DAEs, etc., em arquivo magnético. Reitera que a atividade econômica principal do seu estabelecimento é o comércio atacadista de bebidas, atuando como distribuidor, fazendo vendas fora do estabelecimento, com vendedores externos, que atuam nos bairros e cidades circunvizinhas, servindo a sede do estabelecimento como um ponto de apoio, estocando o menor volume de mercadorias possível pelo menor tempo.

Alega que a multa do item 1º não deve prosperar, uma vez que não atendeu às intimações fiscais por não recebê-las, pois não foi regulamentemente intimado conforme preceitua a legislação. Diz que as intimações foram entregues a pessoas não autorizadas a recebê-las, que não fazem parte do quadro de funcionários da empresa, conforme prova a Relação de Empregados (GFIP do mês 07/2013). Repete que a 1ª intimação foi assinada por Roberto Simões Santos, a 2ª por Elízio de S. Silva e a 3ª por Thays Santos Queiros, todos estranhos aos quadros de funcionários da empresa, sendo por isso inválidas todas as intimações. Reitera que o autuante, de próprio punho, confirma isso ao escrever de caneta no corpo do Auto de Infração que *“Titular não reside na cidade. Atendente não tem procuração para assinar Autos. Encaminhe para ciência via Postal com ‘AR’”*. Volta a reclamar que, para entregar as intimações, o fiscal “elege” qualquer pessoa, mas para entrega do Auto de Infração ele segue o que preceitua a legislação. Afirma que a pessoa que recebeu o Auto de Infração foi o funcionário Gold Calil Haddad, que pertence aos quadros de funcionários da empresa, e o fiscal poderia, se assim preferisse, ter entregado a intimação no endereço do contador constante no cadastro da Sefaz, como faz a maioria dos agentes e auditores da Infaz/Itabuna, mas, preferiu a via mais fácil para ele e mais onerosa para o contribuinte, que foi o arbitramento. Repete que, assim com o titular da empresa, que quase não se encontra no estabelecimento, como atesta o fiscal, o mesmo ocorre com este, que quase não aparece na Inspetoria Fazendária de Itabuna.

Cita outro Auto de Infração, em que também foi feito arbitramento, tendo o órgão julgador declarado insubsistente a infração apurada.

Conclui dizendo que com os livros e documentação anexos comprova que a empresa não foi regulamentemente intimada para apresentação de livros fiscais, e portanto é insubsistente a autuação, porque não restou demonstrada a impossibilidade de apuração do imposto no período mediante a utilização de outros roteiros de auditoria fiscal e contábil.

Quanto ao item 2º, diz que, na mesma linha do item anterior, reitera o que foi dito, não restando provada a impossibilidade de apuração do imposto no período mediante a utilização de outros roteiros de auditoria fiscal e contábil. Afirma que os livros de inventário, de entradas, de saídas e de apuração do ICMS do exercício de 2012 estão escriturados regularmente e declarados na DMA, conforme cópias em arquivo magnético e resumo dos livros fiscais, anexos. Aduz que os valores totais de entradas de mercadorias escriturados no de registro de entradas e informados na DMA no exercício de 2012 foram no valor de R\$ 1.441.142,63, sendo que as entradas de mercadorias tributadas foram no valor de R\$ 528.017,80 e as entradas de mercadorias do regime de substituição tributária totalizaram R\$ 908.922,79, conforme demonstrada no instrumento anexo (explica que a diferença no valor de R\$ 4.202,04 se refere a frete e outras entradas).

Quanto às saídas, informa que o total escriturado no Registro de Saídas de mercadorias informadas na DMA no exercício de 2012 foi no valor de R\$ 3.765.731,34, sendo que as saídas de mercadorias

tributadas foram no valor de R\$ 376.009,87 e as saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária totalizam R\$ 1.832.943,61, conforme demonstradas no instrumento anexo, sendo que as vendas com Notas Fiscais série D-1 no regime de substituição tributária foram escrituradas no livro fiscal com o CFOP 5.102, tendo em vista que a escrituração fiscal foi importada para os livros fiscais através do arquivo Sintegra e o sistema classificou todas as operações de vendas das Notas Fiscais da série D-1 com o CFOP 5.102 (tributação normal), em vez da classificação no CFOP 5.405 (substituição tributária), e portanto a base de cálculo do ICMS correta nas saídas de mercadorias em 2012, conforme os livros fiscais de registro de saídas e de apuração do ICMS é de apenas R\$ 376.009,87, conforme quadro demonstrativo que apresenta.

Afirma que os valores corretos do débito de ICMS sobre as vendas tributadas em 2012 foram de R\$ 63.932,47 e o crédito de ICMS sobre as compras totaliza R\$ 51.221,22, tendo ainda se creditado de R\$ 18.238,81, provenientes de outros créditos do ICMS por antecipação parcial, recolhido em 2012 (cópias dos DAEs anexas), e ainda aproveitou o crédito de ICMS do período anterior (dezembro de 2011), no valor de R\$ 16.993,87, conforme demonstrado no instrumento anexo. Aduz que todos esses valores de apuração de ICMS estão informados nas DMAs e escriturados nos livros de entradas, de saídas e de apuração do ICMS do exercício de 2012.

Especifica em seguida os valores dos estoques de mercadorias inventariadas – mercadorias tributadas, mercadorias do regime de antecipação tributária e mercadorias isentas –, informando que esses valores estão escriturados e informados na DMA, cópia anexa. Diz que havia inicialmente divergências entre as informações do banco de dados da Sefaz e os valores verdadeiros e efetivos de estoques, compras e vendas de mercadorias em 2012 e que foram regularmente escrituradas nos livros fiscais e posteriormente informadas corretamente nas DMAs de 2012, e isto não leva à suposta omissão de saídas e a não recolhimento do ICMS, pois ocorreram apenas inconsistências nas importações dos arquivos Sintegra feitos na empresa, com a integração do sistema fiscal da contabilidade, sendo que os valores do ICMS foram devidamente recolhidos aos cofres do fisco, tanto por antecipação parcial como por antecipação “total” (substituição tributária) e como conta corrente fiscal, conforme DAEs e GNREs cujas cópias anexou.

Conclui considerando que, com esses elementos e informações dos livros fiscais, Sintegra e DMAs citadas, fica demonstrado que houve um equívoco por parte do fiscal ao efetuar o arbitramento, mesmo que este prevaleça, segundo o entendimento desta Corte, pois o arbitramento não atende ao que dispõe o art. 22, inciso II e § 1º, inciso I, da Lei nº 7.014/96, uma vez que não considera o estoque final de mercadorias do período anterior e a dedução do estoque final do período, assim como a dedução dos créditos do ICMS e dos valores do ICMS recolhidos no período, ficando por essas razões impugnada a planilha referente ao arbitramento da base de cálculo com base no CMV, devendo ser a mesma refeita, caso esta Junta assim atenda, considerando os verdadeiros valores a serem integrados nos cálculos.

Apela para a observância do art. 2º do RPAF, que enuncia os princípios que norteiam o processo administrativo fiscal, mais notadamente os princípios da legalidade objetiva, da verdade material e da garantia de ampla defesa. Em função disso, declara estar fazendo juntada dos livros e documentos que especifica a seguir.

Dentre outras exortações, pede que o Auto de Infração seja declarado improcedente.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 147/155) dizendo que, relativamente às intimações expedidas, após a lavratura do Auto em 25.7.13, e considerando o termo manuscrito constante à fl. 2, encaminhou o processo para ciência por via postal, com “A.R.”, que é o procedimento regularmente indicado nestas circunstâncias e devidamente autorizado pela Supervisora de Comercio em exercício, Rossana Araripe Lindote, conforme carimbo, assinatura e data na fl. 2, em razão de não ter encontrado o titular da empresa em nenhuma das oportunidades em que compareceu à empresa para intimá-la, e o funcionário que o atendeu na ultima oportunidade informou não ter procuração específica para assinatura de Autos. Informa que, no curso da ação fiscal, já se deparara com

difficultades de contato com a empresa, inclusive para localizá-la, haja vista que se trata de prédio residencial em área residencial, e no endereço não havia qualquer placa ou faixa de identificação da empresa, conforme fotos anexas. Paralelamente, registra a dificuldade de acesso, haja vista a existência de portões e grade de ferro com cadeado. Defrontou-se ainda com a má vontade dos funcionários encontrados, em atender ao representante do fisco para prestar informações, sempre de forma reticente, para assinar a ciência de intimações, e em nenhuma oportunidade foi encontrado o seu titular. Com relação aos funcionários que assinaram as intimações, diz que Roberto Simões Santos se identificou como “digitador” em 5.7.13, Elísio da S. Silva identificou-se como “gerente comercial” em 11.7.13, e Thays Santos Queiroz identificou-se como “auxiliar de escritório” em 17.7.13. O fiscal considera que se trata de funcionários, haja vista que se encontravam a serviço da empresa, em suas dependências, inclusive portando chaves para abertura de grade e portão de acesso e respondendo sobre informações solicitadas. A seu ver, não procede a alegação da defesa, de que os funcionários seriam supostamente estranhos à empresa e não fazem parte do quadro de funcionários, pelo simples fato de não constarem de uma suposta Relação de Empregados, anexada às fls. 61 e 62, pois a existência de pessoas a serviço da empresa e que não se encontram devidamente registradas no seu quadro funcional reforça a suspeita de que o contribuinte mantém funcionários não registrados, em total descumprimento às normas trabalhistas, o que deverá ser objeto de sugestão ao Supervisor, de comunicação à Delegacia Regional do Trabalho, para efetuar inspeção. Quanto ao que afirma a defesa, de que o mesmo ocorre com ele. autuante, que quase não aparece na Inspetoria Fazendária de Itabuna, a fim de prestar informações e estreitar os laços entre o contribuinte e fisco, o fiscal pede que o órgão julgador desconsidere tais afirmações caluniosas. Aduz que, realmente, nunca em tempo algum teve qualquer interesse ou se ocupou em “estreitar laços” com sonegadores contumazes, descumpridores de obrigações fiscais, que se comportam como o contribuinte em questão.

Quanto ao arbitramento, objeto do item 2º, o fiscal considera que o contribuinte não apresentou elementos suficientes para embasar a arguição de nulidade, nem justificou de forma clara a indispensabilidade ou necessidade de diligência por fiscal estranho ao feito, e nem sequer formulou questões que pretenda ser respondidas.

A seu ver, a aplicação do arbitramento, como alternativa, foi clara e seguramente justificada e embasada legalmente, conforme planilha e descrição da infração no Auto, devendo ser rejeitadas de plano as arguições de nulidade, bem como o pedido de revisão por fiscal estranho ao feito, cuja desnecessidade diz que será demonstrada adiante.

Destaca como fatos relevantes para melhor compreensão dos procedimentos adotados e dos fatos que conduziram à lavratura do Auto em questão as seguintes circunstâncias:

- a) a ação fiscal foi dificultada desde o início, face à ausência de placas ou sinais exteriores que identifiquem o local como estabelecimento comercial, pois se trata de um imóvel situado em área residencial, onde predominam imóveis exclusivamente residenciais, o que dificulta sua localização, conforme fotos anexas;
- b) o acesso ao imóvel é dificultado por portão (grade de ferro) com cadeados, impossibilitando a visualização de seu interior; não há campanha [campainha], e os funcionários encontrados nas oportunidades em que lá compareceu somente atendiam após bater no portão de forma insistente;
- c) nas oportunidades em que teve acesso, foi necessário aguardar a chegada de um funcionário para abertura do portão, e sempre encontrou dificuldade e má vontade pelos funcionários, que prestavam informações reticentes e evasivas; em nenhuma oportunidade foi encontrado o titular;
- d) conforme consta nos Termos de Início de Fiscalização e de Ocorrências, às fls. 4 e 5, e corroborado pelas vias de intimações expedidas, assinadas e recebidas por funcionários da empresa, às fls. 6 a 9, o contribuinte foi regularmente intimado para apresentação de livros e documentos fiscais e contábeis, além de arquivos magnéticos do Sintegra, nos dias 5, 11 e 17.7.13;

- e) a exigência de assinatura por sócio cadastrado ou procurador habilitado, que se aplica à ciência do Auto, conforme disposições do RPAF, não se aplica às intimações rotineiras, no curso da ação fiscal, conforme é praxe na fiscalização de estabelecimentos;
- f) o próprio contribuinte, contrariando suas alegações, sugere na defesa que as intimações poderiam ser encaminhadas ao contador, embora este não apareça na relação de funcionários, nem foi indicado como procurador habilitado;
- g) pelos fatos retratados e ilustrados com provas concretas, fica provado que os argumentos da defesa estão revestidos de inverdades, quando o contribuinte insiste em afirmar que não foi regularmente intimado conforme preceitua a legislação;
- h) o contribuinte é reincidente no descumprimento de obrigações acessórias, haja vista que, entre 21.2.02 e 21.12.11, esteve por quatro vezes na condição de inapto ou intimado por inaptidão, por infrações capituladas nos incisos I, VII, VIII e IX do art. 171 do RICMS/97, conforme cópias de extrato do INC/SAFAZ, à fl. 42);
- i) quando foi emitida a O.S. nº 507378/11, em 4.7.11, para fiscalização do estabelecimento em outra oportunidade, a empresa se encontrava mais uma vez na condição inapto;
- j) são descabidas as alegações defensivas, que caracterizam inverdades, numa tentativa grosseira de agravar e atestar a inexplicável resistência do contribuinte em atender às intimações do fisco e obedecer aos prazos regulamentares, e, reiteradamente, tentar ocultar operações praticadas e o conteúdo de sua escrituração fiscal;
- k) fica patente, pelo exame da defesa e seus anexos, que o autuado foi regularmente intimado por via postal para ciência do Auto em 31.7.13, conforme comprovante de recebimento à fl. 47; diante do Auto, que aponta infrações com seus documentos e demonstrativos anexos, o contribuinte, de forma fraudulenta, limitou-se na defesa a tentar construir uma versão que não resiste às provas contidas no Auto e seus anexos, ao proceder de forma fraudulenta alterações de dados das DMAs do período fiscalizado, as quais, depois de serem modificadas, somente foram recepcionadas via internet, em 2.8.13, portanto, após o recebimento do Auto, conforme fotocópias de recibos de transmissão das DMAs retificadoras, enviadas em 2.8.13, às fls. 119 a 130, constituindo um procedimento fraudulento, haja vista que o contribuinte se utiliza do recurso de produção de provas inidôneas, após tomar ciência do Auto;
- l) além das DMAs, o contribuinte “deve ter” procedido também a alterações na escrituração fiscal dos livros de entradas, de saídas e de apuração, haja vista que as fotocópias de resumos anexados à defesa às fls. 58 a 60 apresentam dados divergentes dos contidos nas DMAs preexistentes nos bancos de dados da SEFAZ, em 23 de julho e 25 de julho, conforme extratos às fls. 12 a 39, e que serviram de base para o arbitramento aplicado;
- m) a escrita fiscal de uma empresa não se assemelha a uma “casa da mãe Joana”, que pode ser objeto de alterações e adulterações a qualquer tempo, ao bel-prazer dos seus titulares e contadores; no caso, a irresponsabilidade patente e a prática fraudulenta envolvem a pessoa do contador, que, por dever funcional, deveria se escusar de cumpliciar-se em situações dessa natureza;
- n) diante das provas indicadas nos itens anteriores, confirma-se que o contribuinte falta com a verdade, e utilizou-se de meios sub-reptícios para adulterar sua escrituração fiscal, sem qualquer comunicação ao fisco ou autorização deste, mediante prévio pedido para eventual reconstituição de escrita fiscal, e além disso produziu uma nova escrituração fiscal, inidônea e intempestiva, pelas seguintes razões:
 - não foi autorizada qualquer retificação ou reconstituição pelo fisco da escrita fiscal relativa aos exercícios fiscalizados, nem foi solicitada previamente;

- o contribuinte anexou ao processo fotocópias e uma gravação em CD contendo dados de uma suposta nova escrituração retificada, mas ele não tem autorização para uso de SEPD, conforme extrato do INC/SEFAZ – SEPD por estabelecimento, anexo;
 - portanto, os documentos cujas fotocópias foram anexadas, além da gravação em CD, foram produzidos de forma clandestina, em UCP não cadastrada, não autorizada e desconhecida do fisco, além de “software” também não cadastrado na SEFAZ;
 - são inidôneos, portanto, os resumos dos livros de entradas, de saídas, de apuração e de inventário supostamente relativos ao exercício de 2012, porque, além de produzidos de forma clandestina e não autorizada, foram elaborados fraudulentamente após ciência do Auto, e não obedecem aos modelos e formatos descritos no RICMS de 1997 ou de 2012;
 - as fotocópias juntadas ao processo não foram devidamente autenticadas pela repartição, quando do recebimento, com apresentação dos respectivos originais;
- o) a defesa está palmilhada de inverdades e argumentos que não resistem à avaliação de subsistência;
- p) no curso da ação fiscal, o contribuinte não apresentou os livros e documentos fiscais requisitados para exame, o que corrobora os fundamentos do arbitramento aplicado, levando a fiscalização a utilizar-se dos dados, informações e documentos disponíveis. Os bancos de dados da SEFAZ, conforme atestam os documentos anexados ao Auto (extratos das DMAs declaradas pelo contribuinte, nos exercícios de 2011 e 2012 – fls. 12 a 39, datadas de 23 e 25.7.13), continham elementos suficientes para embasar o método de arbitramento aplicado, com base no CMV, conforme demonstrado na planilha às fls. 10 e 11;
- q) depois de intimado para ciência do Auto em 31.7.13, o contribuinte teve o prazo de 30 dias para preparar sua defesa, porém, após decorrido esse longo prazo, não anexou à defesa, por exemplo, os livros relativos ao exercício de 2011, o inventário de 31.12.11 e Notas Fiscais de entradas e saídas emitidas nos exercícios, o que torna impossível a determinação exata e segura das bases de cálculo e a aplicação do arbitramento por meio alternativo do aplicado no Auto.

No mérito, o fiscal acusa o contribuinte de tentar produzir uma nova escrituração, inidônea e intempestivamente, durante o prazo de defesa, após tomar ciência do Auto, prática esta que já adotara em outra oportunidade, quando, diante a lavratura do Auto de Infração nº 2071850013/11-9, tentou ilustrar sua defesa com documentos fraudados após ciência do Auto. Aduz que, pela forma inusitada como foram produzidas, as peças anexadas à defesa não podem sequer ser reconhecidas como fruto de uma reconstituição da escrita fiscal do período fiscalizado legalmente aceita, haja vista que as fotocópias de supostos resumos de livros fiscais, fotocópias de GNREs, recibos de arquivos magnéticos e DMAs juntadas à defesa foram produzidas após ciência do Auto e seus anexos e, produzidas à revelia de qualquer comunicação ao fisco ou autorização específica nesse sentido. Diz que o contribuinte não apresentou os originais de sua escrituração fiscal no curso da fiscalização, e nem ao menos na apresentação da defesa, para a necessária autenticação, o que justificou o arbitramento aplicado, com base no CMV. Considera que, como agravante, a defesa não apresentou as Notas Fiscais de entradas e saídas emitidas nos exercícios de 2011 e 2012, tornando impraticável a determinação do imposto devido por outro meio que não o arbitramento aplicado. Segue dizendo que a escrita fiscal de uma empresa não é um amontoado de relatórios decorativos, que possam ser elaborados e modificados ao bel-prazer de seus sócios e contadores, quando e como lhes aprouver, apresentando uma nova versão de valores e quantidades de acordo com suas conveniências: a escrita fiscal deve ser tratada como algo sério, responsável e honesto, espelhando a realidade dos negócios da empresa, devendo obedecer aos padrões, modelos e normas rígidas de escrituração estabelecidos na legislação pertinente, e deve estar à disposição do fisco para verificações, quando regularmente intimada a empresa.

Com relação às fotocópias de documentos juntadas à defesa, o fiscal observa que o contribuinte não tem autorização para uso de sistema eletrônico de processamento de dados, e portanto as supostas fotocópias de livros anexadas à defesa não podem ser consideradas como válidas, por serem extraídas de originais elaborados à revelia das normas pertinentes, comprovando-se que o contribuinte fez uso de uma CPU clandestina, não cadastrada na SEFAZ, elaborando livros que não foram objeto de avaliação quanto à sua formatação, modelo e padrões de escrituração, num regular processo de pedido de autorização de uso de SEPD. Diz que os citados livros não foram apresentados no curso da ação fiscal, o que a seu ver atesta sua inexistência àquela época, e também não estão sendo apresentados na defesa, haja vista que os resumos e fotocópias produzidos pela defesa, além de incompletos e em desacordo com as normas de regular escrituração, não substituem a regular escrita fiscal do contribuinte, a qual deveria estar sendo comprovada, se houvesse. Frisa que o RICMS/97 e o RICMS/2012 preveem a possibilidade de eventual reconstituição da escrita fiscal, quando devidamente comprovadas as causas que levaram à perda ou deterioração de livros, e que o contribuinte comprove também as eventuais omissões ou divergências que careçam de correção, apresentando previamente, junto com um pedido de autorização, um demonstrativo detalhado das correções a efetuar, e nada disso ocorreu neste caso, tendo o autuado simplesmente se negado a apresentar seus livros e documentos fiscais para fiscalização, apesar de regularmente intimado por três vezes consecutivas, e mais tarde, diante a apresentação por via postal do Auto de Infração documentado com os extratos de dados das operações fiscais declaradas nos exercícios de 2011 e 2012, recorreu à alternativa de fraudar esses dados, produzindo de forma bisonha uma nova escrituração, incompleta e em total desacordo com as normas pertinentes, e consequentemente o Auto foi lavrado em função da situação dos dados (DMAs) existentes no curso da ação fiscal, de modo que os elementos trazidos pela defesa não podem ser acatados pelo fisco, por serem extemporâneos e irregulares, haja vista que novas DMAs foram retificadas em 2.8.13, após a ciência do Auto em 31.7.13.

Com relação ao item 1º do Auto de Infração, o fiscal considera provado que o contribuinte não atendeu às três intimações expedidas no curso da ação fiscal, destacando o teor dos Termos de Ocorrências anexos às fls. 4 e 5. Entende que os elementos acostados à defesa não são suficientes para elidir a infração ou modificá-la, haja vista que as fotocópias, além de não terem sido autenticadas, não se referem a originais de uma escrituração fiscal regular e devidamente autorizada nos padrões que a legislação prescreve, e além disso o contribuinte não anexou à defesa nenhum documento ou fotocópia comprobatória das saídas efetuadas nos exercícios de 2011 e 2012. Observa que as fotocópias apresentadas pela defesa foram produzidas após ciência do Auto e seus anexos, e produzidas à revelia de qualquer comunicação ao fisco ou autorização específica nesse sentido. Assinala que, além das três intimações recebidas no curso da ação fiscal, o contribuinte foi mais uma vez intimado para ciência do Auto, e, embora dispondo de 30 dias para defesa, não apresentou toda a documentação requisitada nas intimações e citadas no Auto, o que prova a incorrência de cerceamento ao direito de defesa, e deve ser rejeitado por falta de fundamentação. Considera que a defesa não trouxe nenhum fato ou elemento novo, que altere a situação encontrada no curso da ação fiscal, permanecendo inalterados os fundamentos da cobrança de multas pelo não atendimento a três intimações sucessivas, pelo que deve ser mantida na íntegra a exigência contida no item 1º.

Quanto ao item 2º, considera que também está caracterizada a infração, haja vista que o contribuinte não comprovou a apresentação integral de sua escrita fiscal no curso da ação fiscal, nem juntou à defesa documentação e escrita regular passível de novo exame, pois as fotocópias juntadas às fls. 58 a 60 e 100 a 118 não podem ser acatadas como prova de escrituração regular dos livros fiscais, uma vez que não obedecem ao modelo e padrão exigido pela legislação, e ademais, o contribuinte não tem autorização para escrituração com uso de SEPD, o que invalida a documentação acostada. Aduz que o contribuinte não juntou à defesa elementos indispensáveis de sua escrita, tais como, livros e documentos fiscais do exercício de 2011, inventário escriturado de 31.12.11, livros Diário e Caixa de 2011 e 2012, livros completos de 2012, e, principalmente, as Notas Fiscais de entradas e saídas de 2011 e 2012, além dos DAEs dos dois exercícios fiscalizados.

Acrescenta que existem flagrantes divergências entre os dados apresentados na documentação juntada à defesa e os extratos de DMAs anteriormente declaradas, anexados às fls. 12 a 39, relativos aos exercícios de 2011 e 2012, a saber: quanto às entradas tributadas em 2012, o contribuinte informou na defesa, à fl. 58, um total de R\$ 528.017,80, enquanto que nas DMAs que retificou após ciência do Auto o total de entradas tributadas, que era de R\$ 851.016,84 (fl. 12), passou a ser de R\$ 480.024,62 (Relatório da DMA Consolidada de 2012, obtido no INC/SEFAZ, após as retificações, anexo); quanto às saídas tributadas de 2012, o contribuinte na defesa, à fl. 59, um total de R\$ 376.009,87, enquanto que nas DMAs retificadas em 2.8.12 o total de saídas tributadas, que era de R\$ 154.130,22 (fl. 12), passou a ser de R\$ 837.678,08 (extrato do Relatório da DMA Consolidada de 2012, obtido no INC/SEFAZ, após as retificações, anexo; em relação ao ICMS devido por antecipação parcial de 2012 supostamente recolhido, no total de R\$ 18.238,81, informado à fl. 60, o contribuinte não anexou à defesa os DAEs correspondentes para comprovação; as inconsistências e divergências também se estendem aos arquivos magnéticos, cujas fotocópias de recibos se encontram às fls. 131 a 144 – por exemplo, na DMA de janeiro de 2012 (fl. 119), a base de cálculo nas entradas é de R\$ 29.099,51, e no recibo do Sintegra a base de cálculo é de R\$ 19.029,62; na DMA de julho de 2012 (fl. 125), a base de cálculo nas entradas é de R\$ 18.665,30, e no recibo do Sintegra a base de cálculo é de R\$ 3.692,00.

Considera que essas inconsistências e divergências, que se verificam entre dados informados pelo próprio contribuinte em sua defesa, além das divergências e inconsistências em relação às DMAs declaradas anteriormente e que serviram de base para a autuação, atestam que a documentação juntada à defesa é absolutamente inidônea, inconsistente e insuficiente para elidir os resultados apresentados no Auto. Acentua que as DMAs cujos extratos foram juntados por ele, autuante, foram declaradas pelo contribuinte nos exercícios de 2011 e 2012 e permaneceram inalteradas até o dia 2.8.13, quando o contribuinte decidiu fraudar os dados ali constantes, com retificações intempestivas e após a ciência do Auto, ocorrida em 31.7.13, e, logicamente, os documentos juntados pela defesa não se prestam a embasar uma nova rotina de apuração da base de cálculo e do ICMS devido, haja vista sua inidoneidade.

Aduz que, a título de “exercício de hipótese absurda”, procedeu à computação dos dados bisonhamente informados pelo Autuante [sic], às fls. 58 a 60, para elaboração de um arbitramento com base no CMV, que se encontra anexo à informação fiscal, em comparação ao arbitramento aplicado no Auto, com explicação detalhada dos critérios e origem dos dados adotados, e o resultado alcançado surpreende porque é superior: no Auto, apurou-se um débito total de R\$ 112.245,45, enquanto que no novo arbitramento aplicado com novos dados informados pelo contribuinte o débito total é de R\$ 333.341,78. Pondera que, caso o órgão julgador considere subsistente o novo resultado, deverá ser recomendada nova ação fiscal complementar, para lavratura de Auto relativo à diferença assim encontrada.

Conclui dizendo que em sua defesa o contribuinte chega ao ridículo de tentar contrariar o teor de uma decisão da 1ª JF, em relação ao Auto de Infração nº 207185.0013/11-9, pois o exame do texto do acórdão revela exatamente o contrário.

Opina pelo reconhecimento da total procedência da autuação. Sugere que este colegiado encaminhe ofício à INFAZ de Itabuna recomendando ao Sr. Inspetor a adoção de medidas judiciais, com apoio da Procuradoria, para obrigar o contribuinte a apresentar toda a sua documentação fiscal, haja vista que nas últimas fiscalizações se furtou ao cumprimento dessa obrigação. Juntou documentos.

Foi mandado dar ciência ao contribuinte do teor da informação fiscal e dos elementos a ela acostados (fls. 168/170).

O contribuinte manifestou-se (fls. 172/176) dizendo que ratifica todos os termos da defesa. Quanto à informação fiscal, aduz que o autuante deveria se ater às questões da legislação do ICMS, procurando sustentar a tese da autuação, nos termos do § 6º do art. 127 do RPAF. Reclama que o

fiscal na informação fez alegações e acusações levianas e pessoais contra o contribuinte e seu contador, e diz que isso será rechaçado com provas e documentos.

Requer que sejam riscados na peça de informação prestada pelo fiscal as palavras injuriosas, que em nada contribuem para o julgamento.

Aduz que, como o RPAF prevê que se aplicam subsidiariamente ao processo administrativo fiscal as normas do CPC, este autoriza que sejam riscadas expressões injuriosas. Transcreve trecho de acórdão do TACivSP, em que o relator lembra que “A incontinência de linguagem merece repúdio, pois os autos não são arena de desabafos de sentimentos negativos, podendo o Juiz, de ofício, mandar riscar as expressões injuriosas”.

Quanto às fotocópias de livros que o fiscal chamou de “supostas”, o contribuinte diz que elas foram anexadas à defesa em arquivo eletrônico (CD) e foram extraídas dos livros de entradas, de saídas e de apuração do ano de 2012, escriturados em sistema eletrônico de processamento de dados, no “software” da contabilidade da empresa, utilizando o programa Mastermaq, usado há mais de 10 anos no escritório de contabilidade da empresa, que é terceirizado, não sendo portanto verdade que os livros fiscais foram escriturados à revelia das normas pertinentes, e os livros originais de onde foram elaboradas as cópias anexadas à defesa estão na empresa, escriturados corretamente, de acordo com as normas fiscais.

Explica que sua contabilidade é terceirizada, sendo a escrituração feita através do programa Mastermaq, que é um “software” utilizado na maioria dos escritórios de contabilidade do Brasil, e tem autorização para uso do sistema eletrônico de processamento de dados (SEPD) pela Secretaria da Fazenda, de modo que constitui uma calúnia grave, sem provas, o auditor fiscal dizer que a empresa faz uso de CPU clandestina, não cadastrada na SEFAZ. Aduz que as cópias dos livros fiscais anexadas à defesa por meio eletrônico são a prova de que os livros fiscais estão de acordo com as normas fiscais, estando as cópias originais na empresa à disposição da fiscalização, sem nenhuma alteração de dados.

Afirma que os livros fiscais da empresa sempre estiveram à disposição do fisco e foram escriturados diariamente, fato que pode ser comprovado através da entrega do arquivo Sintegra mensalmente e dentro do prazo, conforme os recibos de entrega já anexados à defesa por meio magnético.

Argumenta que não haveria necessidade de pedido de autorização de correção da escrituração dos livros fiscais, pois não houve alteração de dados nos livros fiscais, o que ocorreu foi apenas a inconsistência na informação por conta da importação de dados da empresa para a contabilidade.

Diz que os livros não foram entregues nos prazos das intimações porque as intimações não foram validadas e por estarem em desacordo com o preceitua o RPAF. Quanto à DMA, diz que ela foi retificada em 2.8.13 para estar de acordo com os dados escriturados nos livros fiscais, depois da constatação, em auditoria interna, de que os valores declarados estavam divergentes dos livros fiscais, pois foi verificada inconsistência de dados na importação de arquivos entre a empresa e a contabilidade, não tendo havido prejuízo fiscal para o ente tributário, não existindo portanto fraude de dados, como declarou o auditor, pois fraude ou tentativa de fraude haveria se o contribuinte tivesse declarado valores na DMA divergentes dos livros fiscais, omitindo informações ou escriturando Notas Fiscais inidôneas.

Prossegue dizendo que as cópias juntadas à defesa foram anexadas através de arquivo magnético porque é assim que a SEFAZ solicita, e foram extraídas dos documentos originais, tendo como prova os livros fiscais e os documentos originais, que estão à disposição da fiscalização.

Diz que não apresentou na defesa as Notas Fiscais de saída porque elas estão à disposição da fiscalização no portal da Nota Fiscal Eletrônica ou no “site” da SEFAZ, pois os documentos fiscais da empresa são emitidos através da Nota Fiscal Eletrônica.

Quanto aos documentos fiscais de 2011, observa que não havia necessidade de disponibilizá-los, tendo em vista que o Auto de Infração foi apenas do exercício de 2012, sendo que o exercício de 2011 já havia sido fiscalizado anteriormente.

Reclama que não tem nenhum sentido a afirmação do autuante de que as fotocópias dos livros, de GNREs, dos recibos magnéticos e das DMAs foram produzidas após a ciência do Auto de Infração, pois é claro que têm que ser anexadas na defesa apenas as cópias dos documentos, ficando os originais na empresa. Diz que não há por que juntar as GNREs ou DAEs, pois os pagamentos constam na base de dados da Secretaria da Fazenda, estando os livros de acordo com as Notas Fiscais, que são emitidas eletronicamente e validadas por aquela Secretaria. Nega que as DMAs tivessem sido “produzidas”, como acusou o fiscal, pois elas estão de acordo com informações verdadeiras escrituradas nos livros fiscais, de modo que seriam “produzidas” se estivessem inconsistentes as informações dos livros fiscais.

Conclui dizendo que, após a ciência do Auto de Infração, só lhe restou a defesa em face do arbitramento, tendo anexado as provas em arquivo magnético, não sendo mais necessária a entrega de toda a documentação, pois o Auto já tinha sido lavrado e arbitrado.

Sustenta que o modelo dos livros fiscais segue padrão exigido pela legislação, e a empresa tem autorização do uso do SEPD, conforme instrumento anexo (fl. 181).

Reitera considerações anteriores acerca do emprego do “software” Mastermaq utilizado pelo escritório de contabilidade há mais de 10 anos. Nega que tivesse havido fraude ou que tivesse “produzido” provas.

Requer o deferimento de diligência por outro fiscal, com base no art. 145 [do RPAF].

Informa que no Auto de Infração 207185.0013/11-9, lavrado pelo mesmo fiscal anteriormente, foi feita diligência, ficando constatado que mais de 90% das mercadorias comercializadas pela empresa estão sujeitas à antecipação tributária, logo, com fase de tributação encerrada, o que culminou com a não procedência do Auto, conforme Acórdão CJF 0322-11/13, da 1ª Câmara, conforme cópia anexa.

Reitera o pedido de improcedência do Auto de Infração. Juntou cópia de um acórdão (fls. 177/180) e de uma revisão efetuada pelo auditor Reginaldo Cavalcante Coelho em outro Auto de Infração (fl. 181).

VOTO

Este Auto de infração tem por motivos dois fatos, sendo que um decorre do outro: teria havido falta de apresentação de livros e documentos fiscais (multas do item 1º), e por esse motivo foi feito o arbitramento da base de cálculo do ICMS (lançamento do imposto do item 2º).

Há uma questão preliminar a ser decidida em primeiro lugar. Trata-se do requerimento feito pelo contribuinte em sua manifestação para que sejam riscados na peça de informação prestada pela autoridade fiscal certas expressões que considera injuriosas. Citou trecho de acórdão do TACivSP, em que o relator lembra que “A incontinência de linguagem merece repúdio, pois os autos não são arena de desabafos de sentimentos negativos, podendo o Juiz, de ofício, mandar riscar as expressões injuriosas”.

Com relação a casos dessa ordem, há uma falta de sintonia entre o art. 162 do RPAF e o art. 26, V, do Regimento Interno deste Conselho. Pelo art. 162 do RPAF, o próprio órgão julgador tem competência para mandar riscar nos autos os termos ou expressões considerados descorteses ou injuriosos, prevendo o parágrafo único a faculdade de ser encaminhada ao Presidente do CONSEF cópia do instrumento que contenha os termos ou expressões considerados injuriosos, para adoção das medidas que considerar cabíveis.

Já pelo art. 26, V, do Regimento Interno deste órgão, compete ao Presidente do CONSEF mandar riscar, por iniciativa de qualquer dos membros do Conselho ou da pessoa ofendida, as expressões

descortesias ou consideradas caluniosas ou injuriosas constantes nos autos, quer de servidores, quer do sujeito passivo ou seu representante, de modo a torná-las ilegíveis, sem prejuízo de outras providências que o caso requeira.

Mandar riscar as expressões deslegantes dos agentes que interferem no processo constitui um procedimento burocrático de valor meramente simbólico, pois na prática termina dando mais ênfase aos termos ofensivos, uma vez que o fato de riscá-los surte efeito contrário, dando destaque ao que na verdade deve ser banido.

O Estado não tem boca, nem mãos, nem pernas. Alguém precisa falar e agir por ele. Os funcionários públicos, no desempenho de suas tarefas, atuam em nome do Estado, e devem comportar-se com dignidade. Juízos de valor como os emitidos nestes autos pela autoridade fiscal não contribuem de forma alguma para o esclarecimento dos fatos e tampouco para o julgamento da lide. Nada justifica ataques ou insinuações desmotivadas. O contribuinte e seu contador devem ser tratados com respeito e civilidade.

Não mandarei riscar os termos em questão, porém, para mim, considero-os não escritos, e a partir deste ponto não mais os mencionarei.

Com essas assertivas, de minha parte dou o incidente por encerrado.

Noutra preliminar, que de certo modo constitui razão de mérito, o contribuinte alega que não atendeu às intimações fiscais para apresentação de livros e documentos porque não as recebeu, pois não foi regulamentemente intimado na forma prevista na legislação, haja vista que as intimações foram entregues as pessoas não autorizadas a recebê-las, pois não fazem parte do quadro de funcionários da empresa, conforme prova a Relação de Empregados (GFIP) do mês de julho de 2013, cuja cópia anexou. Faz ver que a 1ª intimação foi assinada por Roberto Simões Santos, a 2ª por Elízio de S. Silva e a 3ª por Thays Santos Queiros, todos estranhos aos quadros de funcionários da empresa, e portanto são inválidas e irregulares todas as intimações. Observa que o autuante, de próprio punho, confirma isso ao escrever de caneta no final do Auto de Infração que: *“Titular não reside na cidade. Atendente não tem procuração para assinar Autos. Encaminhe para ciência via Postal com ‘AR’”*. Reclama que, para entregar intimação, o fiscal “elege” qualquer pessoa, mas para entrega do Auto de Infração ele segue o que preceitua a legislação. Diz que a pessoa que recebeu o Auto de Infração, Gold Calil Haddad, pertence aos quadros de funcionários da empresa, e o fiscal poderia ter entregado as intimações no endereço do contador, constante no cadastro da Sefaz, como faz a maioria dos agentes e auditores da Infaz de Itabuna, mas o fiscal preferiu a via mais fácil para ele e mais onerosa para o contribuinte, que foi o arbitramento.

A intimação do contribuinte deve ser feita na forma prevista no art. 108 do RPAF, para qualquer fim – seja par apresentação de livros e documentos, seja para prestar informações, seja para dar ciência de atos ou fatos, inclusive lavratura de Auto de Infração.

Neste caso, as intimações para apresentar livros e documentos foram feitas em julho de 2013 (fls. 6/9). O contribuinte provou que naquele mês as pessoas às quais foram entregues as intimações não fazem parte do seu quadro de empregados (fls. 61-62).

Em suma, a autoridade fiscal adotou dois critérios: ao lavrar o Auto de Infração, teve o cuidado de entregá-lo a pessoa que faz parte do quadro de empregados da empresa; mas, antes, ao emitir as intimações para que fossem apresentados os livros e documentos, não consta nos autos que as pessoas que receberam as intimações tivessem vínculos de alguma espécie com a empresa. As considerações feitas pela autoridade fiscal na informação prestada são conjecturas e afirmações unilaterais. No processo há de haver provas e demonstrações objetivas.

Com isso, resta carente de motivo fático e jurídico a autuação quanto ao item 1º deste Auto, e consequentemente também do item 2º, haja vista que o arbitramento foi feito “em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil”, conforme o fato foi descrito no Auto, sem

que tivesse havido intimação válida e eficaz para apresentação de livros e documentos fiscais e contábeis.

O lançamento tributário é um ato vinculado, ou seja, regrado por lei. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal. O procedimento é nulo por inobservância do devido procedimento legal.

A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **207185.0010/13-6**, lavrado contra **MANOELITO SOUZA DE QUEIROZ DE IPIAÚ**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 8 de maio de 2014

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR